

# Divisibilidad de la cláusula penal

por

Luis Moisset de Espanés

## I.- Introducción

Hace ya algo más de dos décadas al dictar el Curso de Obligaciones, dedicamos especial atención a las obligaciones divisibles e indivisibles, por una parte, y a la posibilidad de que la prestación correspondiente a una cláusula penal fuese a su vez divisible o indivisible, punto al que hacen referencia los artículos 661 y 662 del Código civil.

Nos llamó entonces la atención un fallo de la sala A de la Cámara Civil de la Capital Federal<sup>1</sup> que invocaba el principio sentado en el art. 661 del Código civil, sobre la divisibilidad de la cláusula penal, afirmando que era aplicable en esa especie<sup>2</sup>. Quizás la solución final que se daba al litigio haya sido correcta, pero partía de una base errónea, pues "dividía" una cláusula penal que era aplicable a un sólo deudor.

Para una mejor comprensión de las cosas trataremos de exponer los hechos de manera sucinta: dos condóminos prometen en venta un inmueble "libre de ocupantes y de todo gravamen". Llegado el momento en que debe otorgarse la escritura ésta no puede efectuarse porque pesan varios embargos sobre el condómino A, que, además, no sólo no toma medidas para cancelarlos, sino que se ausenta, viajando al extranjero por una temporada.

El condómino B, por su parte, pone toda su buena voluntad para que la escrituración se efectúe, pero ello no soluciona nada,

---

<sup>1</sup>. Se trata del caso 28.033, publicado por J. A en el diario del 7 febrero 1979, p. 7.

<sup>2</sup>. En el fallo se dice textualmente: "cuando la pena es divisible, el art. 661, etc....".

pues por las características muy especiales de esta obligación, que para algunos es un tipo de "divisibilidad impropia", si no concurren ambos enajenantes no puede otorgarse la correspondiente escritura.

El contrato había previsto una cláusula penal, destinada a resarcir al comprador por los posibles perjuicios moratorios, prefijándose en \$ 1.500.- por día de retraso en la escrituración.

El comprador demanda a ambos condóminos, pero antes de que se produzca la contestación de la demanda el condómino A pone las cosas en condiciones y se escritura el inmueble. Posteriormente ambas partes se ponen de acuerdo en que el condómino B no tenía ninguna culpa y el litigio continúa al solo efecto de determinar si era o no procedente la aplicación de la pena prevista convencionalmente, e imponer las costas a quien resultase vencido.

El Tribunal entiende que el condómino A había incurrido en culpa, por lo que se había hecho pasible de la pena, pero sostiene que, tratándose de una obligación divisible, sólo debía abonar la mitad, es decir \$ 750.- diarios.

Hasta aquí lo que interesa para nuestro comentario, aunque conviene destacar que el Tribunal sigue, más adelante, afirmando que la pena era "excesiva", por lo cual la reduce a \$ 500.- diarios, aunque con la aclaración de que esa suma debía ser reajustada, para suplir la pérdida de valor adquisitivo del dinero, razón por la cual fija en definitiva el importe de \$ 8.500 diarios de multa, aspectos estos de la sentencia que, pese a su interés, dejamos de lado para no perder de vista el problema de la divisibilidad o indivisibilidad.

## II.- Las obligaciones indivisibles.

La clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles se vincula especialmente con el objeto de la obligación, es decir con la prestación. Si el objeto es "naturalmente" indivisible, la obligación será indivisible. Eso sucede con las obligaciones de "dar cosas ciertas", las cuales no son susceptibles de cumplimiento fraccionado; por ejemplo, varios deudores tenemos la obligación de entregar el caballo "Telescópico"; no puede pensarse que uno entregue las crines, otro la cola, un tercero las patas y un cuarto la cabeza.

El objeto de la prestación es por su propia naturaleza indivisible, y en consecuencia jamás podrá efectuarse una entrega parcial; ¡o se da la cosa cierta, o no se la da!

En cambio, resulta indiferente que la entrega la realice de manera íntegra uno solo de los deudores, o que concurran todos a efectuar la tradición; en ambas hipótesis, cumplida la prestación, la obligación quedará extinguida para todos los deudores.

Puede suceder, también, que el objeto de la prestación sea materialmente divisible, pero que las partes hayan convenido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que la prestación debe ejecutarse de manera indivisible. Por ejemplo, se debe una suma de dinero, y el acreedor -teniendo en vista que solamente si cuenta con la cantidad total en sus manos podrá a su vez realizar cierto negocio- conviene con los deudores que la prestación sea "indivisible".

Adviértase que en estos casos el acreedor puede reclamar a cualquiera de los deudores el total de la prestación debida, pero no porque exista "solidaridad", sino porque la prestación es "indivisible", sea por la naturaleza misma de la conducta debida, sea por convención de partes.

Antes de concluir este punto conviene recordar que también funcionan como indivisibles aquellas obligaciones en que sólo hay un sujeto acreedor y un sujeto deudor y el propio Código se encarga de destacarlo (art. 673, Código civil), señalando, además, que no son admisibles los pagos parciales (art. 742 del Código civil).

### **III.- Mora y culpa en las obligaciones indivisibles**

Hay general coincidencia en la doctrina nacional en afirmar que si uno de los codeudores de una obligación indivisible cae en mora, o incurre en culpa, los efectos de este hecho son meramente personales,, y no se propagan a sus copartícipes.

A título de ejemplo recordaremos la opinión de dos destacados juristas, Colmo y Llambías.

El primero de ellos afirma:

*"En materia de mora o de culpa, tenemos el texto del art. 697, que no distingue si en la obligación mancomunada hay prestación divisible o indivisible. De ahí que no responda por los respectivos daños e intereses sino el deudor moroso o culpable, y con relación al acreedor a cuyo respecto sea lo uno o lo otro.*

*Lo mismo cabe decir de la pena estipulada (art. 698), siempre que ella contenga una prestación divisible (art. 661)."*<sup>3</sup>

Jorge Joaquín Llambías, al tratar de las obligaciones indivisibles en el tomo segundo de su Tratado, afirma:

*"En materia de culpa no hay diferencia con relación a las obligaciones divisibles (Véase supra N° 1117)- Siempre la responsabilidad presupone la culpa del agente: sin culpa no hay responsabilidad, salvo en los anómalos supuestos de responsabilidad sin culpa que ha injertado con escaso tino, en la sistemática del Código la ley 17.711.*

*Por consiguiente, en las obligaciones indivisibles la culpa de uno de los deudores en el incumplimiento de la obligación no compromete la responsabilidad de los demás deudores no culpables"*<sup>4</sup>.

Conviene aquí hacer una precisión: ello es cierto cuando estamos en presencia de una obligación indivisible, pero de mancomunidad simple, pues en tal caso serán aplicables las previsiones del art. 685. En cambio, si la obligación, además de ser indivisible, fuese "solidaria", se aplicarán los arts. 710 y 711 y los efectos de la mora o la culpa se harán extensivos a los otros codeudores

La solución es lógica; cada cual, mientras no se haya establecido solidaridad, debe responder solamente por los daños y perjuicios que su propio obrar culposo ocasione, ya sea retardando el cum-

---

<sup>3</sup>. Alfredo Colmo, Obligaciones, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, N° 483, p. 334,

<sup>4</sup>. Jorge Joaquín Llambías, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. II,, ed. Perrot, Buenos aires, 1970, N° 1150, p. 458.

plimiento de la obligación, ya sea tornándolo imposible.

Si varios de los codeudores han actuado culpablemente, los daños deberán repartirse entre ellos; pero si ha sido uno solo el que provocó la mora, o incurrió en culpa, sólo ése deberá hacer frente a las indemnizaciones, pues no sería justo que a los que no han incurrido en ninguna culpa se les pidiese que contribuyeran.

No debemos olvidar que la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento entra subsidiariamente en reemplazo de la obligación principal, y que consiste en una suma de dinero, que por su naturaleza es divisible. Desaparecida pues la razón que permitía exigir la totalidad del hecho a cualquiera de los deudores, y reemplazada la prestación indivisible por otra que es divisible, si no existe solidaridad convencional o legal, debe fraccionarse el resarcimiento entre cada uno de los codeudores que provocaron el incumplimiento.

**En resumen**, los daños y perjuicios deben ser reparados por aquellos que los ocasionaron. Si fue uno sólo, él carga con la totalidad; si fueron varios, la suma debida se dividirá entre ellos.

#### IV.- **La indivisibilidad de la obligación de escriturar**

La obligación de escriturar puede ser calificada como obligación "impropiamente indivisible", pues cuando son varios condóminos quienes deben concurrir a otorgar la escritura, el acto debido en cierta manera se fracciona, y cada uno de los condóminos debe ejecutar su propia actividad, pero es indispensable que se sumen todas esas conductas para que se cumpla la prestación debida, pues de nada sirve al adquirente que suscriban el instrumento cinco de seis condóminos, si falta el sexto, ya que no queda completa la voluntad y no se cuenta con un título hábil para la transmisión del derecho real.

Aquí, a semejanza de lo que sucede en las obligaciones de dar cosa cierta, el acreedor no quedará satisfecho si sólo una parte de los dueños le manifiestan su voluntad de efectuar la entrega de la cosa, sin que medie la entrega efectiva; pues, bien, tampoco el adquirente quedará satisfecho si sólo una parte de los condóminos pretende escriturar la transferencia, porque -insistimo- en tal caso no

recibe un título de dominio sobre la totalidad del bien y, a lo sumo, cada uno podrá transmitirle el derecho a su porción indivisa.

Pues bien, en esta hipótesis, si uno de los obligados presta su colaboración, y otras la retardan o la niegan, sólo se harán acreedores de pena y tendrán que afrontar el resarcimiento de los daños que ocasione su conducta, aquellos que hayan incurrido en mora o culpa.

Pero, y consideramos que esto debe destacarse, quienes incurran en culpa o mora deberán afrontar "la totalidad" del daño causado; si fue uno sólo, él deberá afrontar esa responsabilidad; si fueron varios, cargarán ellos con el todo, pero no de manera solidaria, sino simplemente mancomunada.

Corroborando lo expuesto encontramos un caso resuelto por la sala 4ª de la Cam. Civil y Com. Rosario<sup>5</sup>, donde también se ventila un juicio de escrituración, que origina para las co-vendedoras la obligación "indivisible impropia" de escriturar.

Llegado el momento de otorgar la escritura una de las vendedoras, Adriana Demestri, concurre a la notaría, pero no lo hace su hermana Marta. La adquirente demanda a las dos deudoras, y Adriana se allana, mientras que Marta se opone a la escrituración.

Normalmente las costas de un juicio se aplican a las dos litis consortes "derrotadas", pero el tribunal -con muy buen criterio- sostiene que Adriana no debe cargar con las costas por no encontrarse en mora y no ser culpable, amén de haberse allanado, es decir carga todos las consecuencias dañosas en la parte "culpable", de manera semejante a lo que sostenemos que debe hacerse con la pena por el incumplimiento.

El tribunal dijo:

*"V.- Si la codemandada se allanó, y no se encontraba en mora ni por su culpa dio lugar a la reclamación, su accionar encuadra en el art. 251, inciso 1 del C.P.C., debiéndose, por ende, acudir al principio general del artículo 250 C.P.C., que establece que "cada litigante debe satisfacer las costas causa-*

---

<sup>5</sup>. 12 de noviembre de 1997, "Elliso, Gladys c/ Adriana Demestri y otra", Zeus, T. 76, J - 116 (11.579)

*das a su instancia y la parte que le corresponde en las comunas", por lo que a su respecto (Adriana) debe declarar las costas por su orden"*

#### **V.- Indemnización por mora y cláusula penal**

La cláusula penal tiene como función primordial prefijar los daños que deberán satisfacerse en caso de retardo o incumplimiento de la obligación (art. 652) y entra en sustitución de ellos sin que se pueda, en principio, pretender una suma mayor o menor, vale decir que ni el acreedor puede alegar que ha sufrido un perjuicio mayor (art. 655), ni el deudor sostener que su conducta no ocasionó perjuicio, o que el daño fue menor a lo previsto en la pena (art. 656), admitiendo como única excepción correctiva la prevista en el agregado que la ley 17.711 introdujo al art. 656, que permite a los magistrados reducir las penas cuando "configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor".

Lo que nos interesa destacar es que cuando la obligación es indivisible, sólo los deudores morosos o culpables deben la "totalidad" del daño ocasionado, o de la pena pactada, y es incorrecto dividir esa suma entre quien la debe y quien no es deudor, como afirmó hacerlo el tribunal en el fallo que comentamos.

Era una consecuencia ineludible de su incumplimiento culposo que el deudor "A" tuviese que afrontar la pena estipulada, en su totalidad. Es un serio error del tribunal proceder a la división de la pena entre el sujeto que la debe, y quien no está obligado a pagarla por no haber incurrido en culpa ni en mora!!

Otra sería la situación si de tres condóminos, dos de ellos hubiesen obrado culposamente; en el caso se eximiría de pena a quien no tuvo culpa, y por tratarse de una prestación divisible (dar suma de dinero), la cláusula penal se dividiría entre los dos culpables (ver art. 661 del Código civil).

No debe perderse de vista que para poder practicar la división de una obligación, deben ser deudores -o a acreedores- por lo menos dos personas. Cuando en cada polo de la relación jurídica hay sólo un sujeto: ¿entre quienes podría efectuarse la tan mentada divi-

sión?

En caso que comentamos el Tribunal debió condenar al deudor moroso a pagar los \$ 1.500.- diarios estipulados, y no solamente la mitad, aunque luego morigerase la pena por ser "abusiva", y la "actualizase" por la desvalorización monetaria. Habría sentado así una doctrina correcta, y llegado a la misma solución, sin necesidad de afirmar la "divisibilidad" de una cláusula penal y... **¡¡hacer efectiva la "división" entre quien debía satisfacerla, y quien ya no era deudor!!**

#### VII.- Conclusiones

1.- En las obligaciones simplemente mancomunadas, sean divisibles o indivisibles, las consecuencias de la mora o de la culpa pesan únicamente sobre el sujeto que incurrió en esas conductas.

2.- El moroso y el incumplidor, deben resarcir íntegramente el daño que ocasionan.

3.- Cuando se prevé como pena el pago de una suma de dinero, la pena es divisible.

4.- Para que proceda la división de la cláusula penal debe haber más de un sujeto que la adeude.